

**FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO**

ERIKA WESSEL XANDER

**A VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS NA FUNDAMENTAÇÃO DA
SENTENÇA EM FACE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
MONOGRAFIA**

**CACOAL – RO
2017**

ERIKA WESSEL XANDER

**A VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS NA FUNDAMENTAÇÃO DA
SENTENÇA EM FACE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Monografia apresentada à Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação do professor M.e Victor de Almeida Conselvan.

CACOAL - RO

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Fundação Universidade Federal de Rondônia
Gerada automaticamente mediante informações fornecidas pelo(a) autor(a)

X2v Xander, Erika.

A vinculação aos precedentes judiciais na fundamentação da sentença em face do novo Código de Processo Civil / Erika Xander. -- Cacoal, RO, 2017.

50 f.

Orientador(a): Prof. Me. Victor de Almeida Conselvan

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Fundação Universidade Federal de Rondônia

1. Precedente judicial. 2. Jurisprudência . 3. Segurança jurídica . 4. Vinculação . I. Conselvan, Victor de Almeida. II. Título.

CDU 347.91/.95

A VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES JUDICIAIS NA FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA EM FACE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

ERIKA WESSEL XANDER

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, para obtenção do grau de Bacharel em Direito, mediante a Banca Examinadora formada por:

Professor M.e Victor de Almeida Conselvan - UNIR - Presidente

Professor M.e Silvério dos Santos Oliveira

Dr. Elson Pereira de Oliveria Bastos

Conceito: _____.

Cacoal, de julho de 2017.

Ao Elton, por toda a paciência e incentivo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por sempre me acompanhar e me permitir concluir mais esta etapa.

Ao meu orientador, pela dedicação em ensinar e pela paciência com as minhas dificuldades e com os meus erros.

À professora Sônia Mara Nita, pelo esforço em nos acompanhar nessa caminhada, e pela delicadeza com que conduziu os momentos de maior dificuldade na elaboração do trabalho.

Aos meus pais, Anita e Frederico, pelo apoio quando eu quis mudar o meu caminho e suporte durante toda esta caminhada.

Ao Elton, por estar sempre comigo e nunca me deixar desistir.

Às minhas amigas, Marilene e Thays, sem as quais a trajetória da conclusão deste curso não teria sido a mesma, e que estarão na minha vida para sempre.

À minha amiga Valesca, por me ajudar, me acompanhar e me entender. Pela companhia em tantas e tantas horas de estudo, e com quem ainda quero dividir muitas outras, para que consigamos alcançar todos os nossos sonhos vislumbrados durante estes cinco anos.

Aos meus amigos, Valmir, Gustavo, João Ricardo, Evandro e Filipe, que estavam sempre dispostos a me ajudar e tornaram o curso mais leve e divertido.

A todos os que, de qualquer forma, ajudaram a dar sentido a essa caminhada.

Somos o que fazemos, mas somos, principalmente,
o que fazemos para mudar o que somos.

(Eduardo Galeano)

RESUMO

O trabalho em questão apresenta as vantagens e desvantagens da obrigatoriedade da vinculação aos precedentes quando da prolação da sentença, trazida pelo CPC de 2015. Busca demonstrar em que nível esta norma afeta, positiva ou negativamente, o princípio da segurança jurídica, garantidor de previsibilidade às decisões judiciais. É sabido que os precedentes judiciais já exerciam influência sobre as demais decisões antes mesmo da vigência do novo CPC, porém este normativo trouxe a obrigatoriedade de que estas decisões dos tribunais superiores sejam utilizadas, ou justificadamente superadas pelo magistrado ao julgar casos semelhantes. Este trabalho visa delimitar, ainda, a forma como as decisões judiciais são enquadradas em precedentes e, também, entender qual seria o procedimento utilizado pelo juiz para enquadrar ou não o caso concreto a ser julgado ao precedente judicial, verificando se há mitigação do princípio do livre convencimento motivado e se, de alguma forma, esta previsão afeta a celeridade processual.

Palavras-chave: Precedente judicial. Jurisprudência. Segurança jurídica. Vinculação.

ABSTRACT

The research in question presents itself as advantages and disadvantages of the obligation to be bound to precedent when the sentence is delivered, brought by the CPC of 2015. It seeks to demonstrate that this norm affects, positively or negatively, the principle of legal certainty, guarantor of predictability to judicial decisions. It is well known that judicial precedents already exert influence on the others decisions, but the normative has brought an obligation that these decisions of the superior courts to be used, or justifiably surpassed by the magistrate in judging cases. This work also aims to define a way in which judicial decisions are framed in precedent and also to understand what is the procedure used for the judge to frame the concrete case to be judged to the judicial precedent, verifying if there is mitigation of the principle of free convinced conviction and if, in any way, this prediction affects the speed of process.

Keywords: Judicial precedent. Jurisprudence. Legal certainty. Linking.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 JURISDIÇÃO	12
1.1 ESTADO BRASILEIRO	12
1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA JURISDIÇÃO	14
2 SEGURANÇA JURÍDICA	23
2.1 SEGURANÇA JURÍDICA	23
2.2 PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO.....	26
2.3 CELERIDADE PROCESSUAL	29
3 PRECEDENTES JUDICIAIS	31
4 O PRECEDENTE E SEUS EFEITOS SOBRE A JURISDIÇÃO E A SEGURANÇA JURÍDICA	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
REFERÊNCIAS.....	48

INTRODUÇÃO

A segurança jurídica norteia todo o ordenamento jurídico, sem a qual não há estabilidade. É por meio dela que se garante que os direitos sejam concretizados, dando exigibilidade ao direito certo e estável, sendo o inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal, que determina que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, o baluarte constitucional deste instituto, assim como quando em seu preâmbulo determina que o Estado Democrático deve assegurar os direitos sociais e individuais.

Fundamenta-se na necessidade de o indivíduo ter a certeza de que os direitos e deveres determinados pelo Estado, na função legislativa ou judiciária, terão efeitos jurídicos estáveis ou duradouros. Buscando a valorização da segurança jurídica, o ordenamento jurídico brasileiro vem instituindo um sistema de precedentes, que passou a ser formalmente previsto com o Código de Processo Civil de 2015.

Os precedentes judiciais têm origem no sistema *common law*, no qual vinculam não somente os tribunais que lhes deram origem, mas também os hierarquicamente inferiores. Surgem de uma norma jurídica individualizada, criada pelo julgador ao decidir um caso concreto (*ratio decidendi*), sendo que seu núcleo essencial pode direcionar decisões posteriores em casos análogos.

Os precedentes judiciais vêm sendo utilizados na análise de casos semelhantes, definidamente, desde a EC45/2004. Porém, não há uma sistematização da criação e uso dos precedentes. O novo Código de Processo Civil tenta, de maneira mais expressiva, inserir a necessidade da verificação dos precedentes judiciais apresentados pelas partes na fundamentação da sentença.

A pesquisa busca verificar se vinculação da decisão aos precedentes não afronta a segurança jurídica, já que estes não estão expressos em normas objetivas e, ainda, se há falta de previsibilidade na forma da aplicação dos mesmos.

O objeto da pesquisa proposta será desenvolvido com base no método dogmático. Por tratar de questões finitas, a dogmática tem base em um pensamento a respeito das questões comportamentais em conformidade com a lei e para além da lei, porém nunca contra a lei.

Realizou-se análise da segurança jurídica como norma balizadora da concretização do direito e garantidora de previsibilidade às consequências jurídicas, e como esta seria afetada com o uso dos precedentes judiciais na fundamentação das decisões, buscando os efeitos da aplicação dos precedentes no fortalecimento da estabilidade e na prevenção da jurisprudência lotérica, temerária à segurança jurídica.

Também, foi estudada a jurisdição e como a valorização do precedente reconheceu a ela o papel de fonte do direito, porém de forma limitada e complementar, devendo decorrer apenas da análise de validade e eficácia de normas já existentes, por meio de interpretação.

Discutiu-se se a vinculação aos precedentes mitiga o princípio do livre convencimento motivado do juiz e/ou prejudica a celeridade processual, pela necessidade de se analisar minuciosamente as similaridades entre os casos, e também o enquadramento das decisões judiciais como precedentes, verificando quais são os casos em que haveria genuinamente a formação de precedente judicial, e em quais casos seria necessário afastar o dogma da separação dos poderes de forma tradicional para determinada decisão ser considerada como tal.

O sistema de precedentes esbarra na dificuldade de sua aplicação e na falta de previsão de como o caso concreto será comparado ao caso que gerou o precedente. Foram estudadas as formas de aplicação dos precedentes, para verificar como ocorre a mensuração de compatibilidade do caso paradigma com aquele a que se pretende atribuir decisão fundamentada no precedente judicial, buscando entender se essa falta de determinação legal pode acarretar a inviabilidade do uso do sistema de precedentes.

Foi analisado o uso dos precedentes judiciais, conforme apresentado no novo Código de Processo Civil, verificando se há prejuízos à celeridade processual

ou à individualização das decisões, e se a uniformização de entendimento aumenta a segurança jurídica.

1 JURISDIÇÃO

1.1 ESTADO BRASILEIRO

A definição de Estado trazida pela Constituição de 1988 foi além das formas de Estado e de Governo. Sua interpretação tem caráter finalístico, programático, estipulando valores a serem realizados no futuro. Nesse sentido, a nova ordem constitucional nos apresentou a um novo Estado, que busca prevenir contra a instalação de regimes autoritários e buscar, sempre, a preservação e a garantia dos direitos fundamentais.

Como cita Dalari (1998), os princípios norteadores do Estado Democrático eram a supremacia da vontade popular, a preservação da liberdade e a igualdade de direitos. A Constituição de 1988 incluiu normas com o objetivo de resguardar esses princípios a todos os indivíduos. Sundfeld (2009, p. 38) afirma que “deve haver uma norma superior à Lei (e, em consequência, superior ao Estado que a produz) definindo a estrutura do Estado e garantindo direitos aos indivíduos. A essa norma chamamos *Constituição*” (grifo do autor).

Para possibilitar o desenvolvimento efetivo das funções estatais, instituiu-se na organização do Estado Brasileiro a tripartição dos poderes, estabelecendo funções típicas e atípicas a cada um deles. Ao Poder Judiciário coube a função típica de zelar pela Constituição e interpretar os preceitos constitucionais, instituindo-se o princípio da inafastabilidade da jurisdição, no art. 5º, XXV da CF, ao afirmar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Sendo assim, o Estado não pode se eximir de prestar a tutela jurisdicional, que pode, então, ser entendida como um poder-dever do Estado.

Mendes e Branco (2013, p. 135) explicam que “correm paralelos no tempo o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima”. Desta forma, os direitos fundamentais encontram-se resguardados pelo texto constitucional, que impõe ao Estado o dever de preservá-los e de garantir a sua aplicação.

Por meio da tutela jurisdicional, o Estado atua a vontade concreta da lei, conforme o conceito de jurisdição defendido por Chiovenda (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015), ou seja, por meio desta o Estado garante a preservação dos preceitos estabelecidos pelas normas legais.

Theodoro Júnior (2015, p. 103) caracteriza a jurisdição como “[...] o *poder* que toca ao Estado, entre suas atividades soberanas, de formar e fazer atuar praticamente a regra jurídica concreta que, por força do direito vigente, disciplina determinada situação jurídica conflituosa”. Ela não desempenha suas funções de forma automática, pois, tendo em vista que “[...] os órgãos que exercem o poder *sub specie jurisdictionis* são inertes, é necessária a provocação do interessado: e por isso é que o ordenamento jurídico institui e modela a *ação*, como poder de exigir do Estado o exercício da jurisdição” (DINAMARCO, 2013, p. 91). A ação atua como meio de acesso da sociedade ao Poder Judiciário em busca da tutela jurisdicional, que deve ser prestada a todos, indistintamente.

A jurisdição, conforme apresentada na Constituição, atua como instrumento a assegurar o devido processo legal, que é princípio base do processo, sobre o qual todos os outros se sustentam, e está previsto no art. 5º, LIV da CF. Por meio da jurisdição, o poder estatal “age na prevenção ou restauração de conflitos sociais. A estrutura da atividade jurisdicional revela o grau de maturidade da organização social. Quando exista um conflito em que a solução pacífica não seja possível, a interferência estatal é inevitável como meio de trazer estabilidade social aos envolvidos” (ARAÚJO, 2016, p. 283).

Para uma melhor compreensão da jurisdição, faz-se necessária a diferenciação desta com o conceito de competência. O Estado reservou a si próprio a função jurisdicional. “Cada juiz e cada tribunal são plenamente investidos de jurisdição mas o exercício desta é distribuído, pela Constituição e pela lei ordinária, entre os muitos órgãos jurisdicionais” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 250).

Conforme diz Araújo (2016, p. 283), “a jurisdição é una e autônoma. A repartição das competências consiste apenas em método de racionalizar seu exercício”. Desta forma, competência nada mais é do que o limite fixado para o exercício da jurisdição, a exteriorização dos limites estabelecidos por lei para o exercício da jurisdição.

No entendimento de Didier (2016, s.p.), “a competência é justamente o critério de distribuir entre os vários órgãos judiciários as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição”.

Neves (2016, s.p.) entende que o conceito de competência como o limite da jurisdição está superado, ou, ao menos, incompleto, afirmando que a competência implica que “o ato do juiz, devidamente investido de jurisdição, sempre existirá, mas por vezes, quando exercido fora de certos limites traçados pela lei, poderá ser nulo, estando nessa determinação de limites a importância do fenômeno da competência”.

Apesar de uma, a jurisdição é classificada em jurisdição penal, jurisdição civil e jurisdição especial. Além desta classificação, mais simples, também há separação entre jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária. Na jurisdição contenciosa, há um conflito de interesses deduzido em juízo, uma situação litigiosa. Alguns doutrinadores afirmam que essa é a jurisdição propriamente dita. Porém, há situações em que não há conflito de interesses e, ainda assim, há a necessidade de submissão ao judiciário, Trata-se da jurisdição voluntária (CORREIA, 2012). Essas classificações são feitas para fins de organização forense.

1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA JURISDIÇÃO

Nas civilizações primitivas, além de não existir um Estado forte o suficiente para dirimir as controvérsias resultantes da vida em sociedade, também não existiam leis que as regessem, o que fazia da autotutela e, em alguns casos, a autocomposição, os meios utilizados para a resolução dos conflitos. Aos poucos, esta tarefa foi sendo delegada a sacerdotes ou anciãos, exercendo a função de árbitros, que fixavam a existência ou não do direito (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014).

O mesmo autor afirma que a submissão à arbitragem era facultativa, e o cumprimento das obrigações acabava se dando por meio da autotutela. Essa arbitragem facultativa acabou por tornar-se obrigatória e, após o início da atividade legislativa (marcadamente pela Lei das XII tábuas, no ano 450, aC), com um Estado mais fortalecido, iniciou-se a nomeação de juízes estatais para examinar as

pretensões e resolver os conflitos, atuando em substituição às partes¹ – atividade jurisdicional.

No direito romano “a jurisdição era revelada apenas pela sua expressão literal *iuris + dictio* – ou seja, dizer o Direito” (ARAÚJO, 2016, p. 281). A função jurisdicional como sendo estatal e dotada de soberania e independência, buscando resolver os conflitos de forma igualitária e impositiva da vontade da lei, somente ocorreu com o advento do Estado liberal, no qual predominava a busca pela liberdade formal, a não intervenção Estatal na economia e a instituição da separação dos poderes (LA BRADBURY, 2006), tudo isso inserido em uma realidade pós Revolução Francesa.

Neste período, em que a busca pela igualdade formal tomou força, como reação às regalias da nobreza, e em que a burguesia buscava a segurança jurídica necessária para o desenvolvimento de suas atividades e o crescimento do capitalismo, havia uma separação radical entre as funções do legislador e do juiz, atribuindo ao legislador a criação do direito e ao juiz a sua aplicação (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015), no sentido de o papel do juiz ser tão somente o de analisar qual lei mais se adapta ao caso concreto, e sua aplicação ser igual para todos os indivíduos.

Essa forma de jurisdição era justificada pela segurança perseguida pela sociedade, que se baseava na “ideia de que a norma concreta nasce antes e independentemente do processo” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 151), de forma que ninguém seria processado por fato que não constituísse infração antes de sua prática (princípio da legalidade), e o juiz não poderia analisar os fatos e valorar a aplicação da lei – que era a mesma para todos.

Assim, na atividade jurisdicional o juiz tinha que se manter firme aos postulados legais, sem fazer qualquer juízo de valor ou adaptação da lei aos casos que chegassem a ele. A função do juiz era tão somente a de aplicar a lei, da forma como posta pelo legislador. Essa concepção de jurisdição “supunha que o juiz podia solucionar qualquer caso mediante a aplicação das normas gerais, uma vez que o ordenamento jurídico seria completo e coerente” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 100).

¹ O conceito de jurisdição como substituta da vontade das partes é uma das teorias existentes acerca do instituto.

Após algum tempo, percebeu-se que a simples aplicação da lei ao caso concreto, sem discricionariedade do juiz, utilizando-se das mesmas regras para todos sem considerar as particularidades de vida de cada um, em vez de aumentar a segurança jurídica e melhorar a condição da população, acabou por agravar as desigualdades sociais, com a expansão desenfreada do capitalismo. Galgando superar este problema, instituiu-se o Estado Social, como forma de impedir que os operários acabassem em um rompimento brusco com o Estado Liberal, instigados pela Revolução Russa. Nele, foram criados os chamados direitos sociais, para melhorar a qualidade de vida das classes menos favorecidas e conter o avanço revolucionário. Para tanto, a igualdade formal teve que dar lugar à igualdade material, a qual se preocupa com a realidade de fato e autoriza dar tratamento desigual aos desiguais, como forma de obter isonomia em meio às diferenças (LA BRADBURY, 2006).

No entanto, o Estado Social não obteve os resultados esperados, pois como frisou BONAVIDES (1980), ele se compadecia com Estados antagônicos, como o fascismo e a democracia. Verificou-se que “o mero Estado de Direito [...] controla o poder, e com isso protege os direitos individuais, mas não garante a participação dos destinatários no seu exercício” (SUNDFELD, 2009, p. 49).

Sendo assim, necessário um Estado em que o povo tivesse participação. Houve, então, a instalação do Estado Democrático, fundado na soberania popular. O Estado Democrático de Direito, evolução do Estado Democrático, une conceitos deste e do Estado de Direito, pautando-se na soberania popular, na democracia participativa e na pluralidade cultural, de ideias e de etnias (SILVA, 1988). Para SUNDFELD (2009, p. 54), “em termos sintéticos, o Estado Democrático de Direito é a soma e o entrelaçamento de: constitucionalismo, república, participação popular direta, separação de Poderes, legalidade e direitos (individuais e políticos)”.

O Estado Democrático atual exige um aperfeiçoamento da atividade jurisdicional. “O que importa [...] para a adequada ubiquação da jurisdição nos quadrantes do contexto político, é seguramente o trato do poder institucionalizado, ou seja, poder do próprio grupo como tal (no caso, Estado)” (DINAMARCO, 2013, p. 101-102). Não cabe mais o modelo de jurisdição da aplicação de letra de lei ao caso concreto.

Tradicionalmente a jurisdição (*juris-dicção*) era entendida como a atuação da vontade concreta do direito objetivo (Chiovenda), sendo que a doutrina se dividia entre aqueles que entendiam que essa atuação derivava da

sentença fazer concreta a norma geral (Carnelutti) ou criar uma norma individual com base na regra geral (Kelsen). Contemporaneamente, notou-se que tais formas de enxergar a jurisdição estavam fundadas em um positivismo acrítico e no princípio da supremacia da lei, o que não mais atendia as exigências de justiça do mundo atual. Dessa forma, autorizada doutrina passa a afirmar que a jurisdição deveria se ocupar da criação no caso concreto da norma jurídica, resultado da aplicação da norma legal à luz dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais de justiça (NEVES, 2016, s.p.).

A jurisdição, a partir daí, exige do juiz a interpretação da lei e sua análise quando da aplicação. Entendendo-se a jurisdição como função estatal, esta “revela o caminho de acesso para que a parte possa postular a tutela jurisdicional adequada” (ARAÚJO, 2016, p. 294). No entanto, a igualdade formal não levava em conta as condições diferenciadas dos indivíduos e, por isso, acabou por agravar as desigualdades sociais, já que todos eram tratados da mesma forma, sem privilégios que, por muitas vezes, seriam necessários até mesmo para possibilitar o efetivo acesso do indivíduo à tutela jurisdicional.

Com o advento do Estado Democrático de Direito, após o fracasso do Estado Social como garantidor de direitos aos indivíduos, “a jurisdição vem assumindo, de maneira efetiva, um realce político e social jamais ocorrido na história da civilização”, haja vista que o direito processual contemporâneo vem se concentrando predominantemente na investigação da dinâmica da tutela que incumbe ao Poder Judiciário prestar ao direito material, em vez de ocupar-se da teorização estática da jurisdição (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 128).

Se a percepção das novas situações, derivadas do avanço cultural e tecnológico da sociedade, é fundamental para a atribuição de sentido aos casos que não estão na cartilha do judiciário, a apreensão dos novos fatos sociais, que atingem a família, a empresa, o trabalho etc., é igualmente imprescindível para a atribuição de um sentido contemporâneo aos velhos modelos capazes de ser estratificados em casos (MARINONI, 2014, p. 93).

Neste momento, em que a igualdade material é tratada de forma primordial, e onde os indivíduos podem buscar a diminuição das desigualdades, inclusive, utilizando-se do Poder Judiciário, a jurisdição passou a exercer um papel até mesmo de regulação social. “O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência” (STRECK; MORAIS,

2014, s.p.). Por conseguinte, a atividade jurisdicional deve ser desenvolvida com análise minuciosa de cada caso, para melhor ponderação na aplicação da lei.

A ampliação da atividade judicial para além da subsunção fato-norma deu maior relevância às sentenças judiciais, pois estas, apesar de vinculadas ao texto legal, adquiriram a capacidade de aplicá-la de forma diferente, com interpretações diferentes, até mesmo em casos relativamente semelhantes, tendo em vista que a análise judicial deve levar em conta o contexto social envolvido, sempre com o intuito de pacificar os conflitos.

A jurisdição constitucional exerce um importante papel no controle jurídico da legitimidade do poder político. [...] Nenhum dos poderes da República está acima da Constituição. Todo e qualquer desvio jurídico-constitucional, praticado por qualquer instância de poder, está sujeito à fiscalização judicial. É difícil conceber um problema jurídico em que não se encontre ao menos uma resposta na Constituição (CAMBI, 2009, p. 211).

Conforme Theodoro Júnior (2015, p. 106), a “jurisdição é a função do Estado de declarar e realizar, de forma prática, a vontade da lei diante de uma situação jurídica controvertida”. Esse é um conceito de jurisdição que se aproxima da teoria de Carnelutti, cujo sistema adota a lide como “característica essencial para a presença da jurisdição” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 43).

Segundo a teoria de Carnelutti, o comando com referência à lide só é completo “no momento em que é dada a sentença a respeito: o escopo do processo seria então a *justa composição da lide*, ou seja, o estabelecimento da norma de direito material que disciplina o caso, dando razão a uma das partes” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 151). “Enquanto Chiovenda procurava a essência da jurisdição dentro do quadro das funções do Estado, Carnelutti via na especial razão pela qual as partes precisavam do juiz – no conflito de interesses – a característica que deveria conferir corpo à jurisdição” (MARINONI, 2014, p. 36).

Como dito por Theodoro Júnior (2015, p. 104), “a função jurisdicional só atua diante de casos concretos de conflitos de interesses (lide ou litígio) e sempre na dependência da invocação dos interessados”. Essa concepção privatista do processo também foi seguida por Calamandrei, o qual aderiu à teoria unitária do ordenamento jurídico, afirmando que a sentença provoca a individualização da lei, porém não exclui da jurisdição sua tarefa declaratória.

A teoria de Chiovenda se diferencia das de Carnelutti e Calamandrei porque nestas a jurisdição, além de declarar a lei, cria uma norma individual que passa a integrar o ordenamento jurídico, e naquela se limita à declaração da lei (MARINONI, 2014). Neste sentido, “A missão do juiz consiste, precisamente, em compor o impasse criado com a pretensão de alguém a um bem da vida e a resistência de outrem a lhe propiciar dito bem.”(THEODORO JUNIOR, 2015, p. 105), trazendo como pressuposto da aplicação da jurisdição a lide, a resistência de uma parte ao interesse de outra.

Na teoria de Calamandrei, a sentença individualiza a norma abstrata, sendo lei, porém a lei que é proclamada pelo juiz como tal, sem, no entanto, considerar a passagem à coisa julgada como a criação de direito, sendo a sentença sempre de caráter declarativo e não criativo do direito; Carnelutti entende que a função do juiz é a composição da lide, criando a norma individual que regula o caso concreto, tornando, com a sentença, a norma geral particular para as partes, já que a lei, por si só, é insuficiente para compor a lide (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015).

Em sua aplicação, “a jurisdição se apresenta como atividade estatal ‘secundária’, ‘instrumental’, ‘declarativa ou executiva’, ‘desinteressada’ e ‘provocada’”(THEODORO JUNIOR, 2015, p. 108), atuando como substituta da vontade das partes na resolução do conflito ora trazido à análise. Não obstante, “a realização do direito objetivo e a pacificação social são escopos da jurisdição em si mesma, não das partes” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 152).

Conhecer os princípios da jurisdição ajuda no seu entendimento, pois tais princípios deixam claro suas características e ratificam seu conceito. Ela é balizada pelos princípios da investidura, da territorialidade, da indelegabilidade, da inevitabilidade, da inafastabilidade e do juiz natural. Assim, é exercida por juiz regularmente investido e competente, nos limites territoriais determinados, não podendo ser delegada a outros sujeitos, sendo dever do Estado, que não pode se recusar a exercê-la, ficando imposta às partes que a ela se submetem.

Neves (2016, s.p.) traz um conceito atual de jurisdição:

A jurisdição pode ser entendida como a atuação estatal visando à aplicação do direito objetivo ao caso concreto, resolvendo-se com definitividade uma situação de crise jurídica e gerando com tal solução a pacificação social. Note-se que neste conceito não consta o tradicional entendimento de que a jurisdição se presta a resolver um conflito de interesses entre as partes, substituindo suas vontades pela vontade da lei. Primeiro porque nem

sempre haverá conflito de interesses a ser resolvido, e segundo porque nem sempre a atividade jurisdicional substituirá a vontade das partes [...].

É fato que as diversas teorias acerca da jurisdição e sua forma de atuação foram importantes para o desenvolvimento desta como se dá nos dias atuais. Apesar do estudado, os processualistas clássicos não estão a afirmar que a sentença não é fiel à lei preexistente, mas apenas que, com o encerramento do processo e produção da coisa julgada material, vale como lei entre as partes (MARINONI, 2014).

Entre os critérios distintivos propostos pela doutrina tradicional, os dois indicados por Chiovenda mostram-se suficientes para a caracterização jurídica da jurisdição: a) caráter substitutivo; b) escopo de atuação do direito. Foi muito importante também a construção proposta por Carnelutti, que caracterizava a jurisdição pela circunstância de ser uma atividade exercida sempre em relação a uma lide (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 150).

Porém, “as teorias de Chiovenda e Carnelutti, se não podem ser contestadas em sua lógica, certamente não têm – e nem poderia ter – mais relação alguma com a realidade do Estado contemporâneo” (MARINONI, 2014, p. 22). Apesar de a atividade jurisdicional ser “independente e autônoma em relação à atividade legislativa” e “[...] marcada pela solução do caso concreto e pela realização e aplicação do ordenamento jurídico” (ARAÚJO, 2016, p. 284-285),

Embora não seja a sentença, em princípio, uma fonte primária do direito, a submissão do juiz à lei não lhe veda uma certa atividade criativa na definição da “vontade concreta da lei”, com que se dará a composição dos litígios. Isto porque a norma legislada nunca é completa e exaustiva em face das particularidades do caso concreto. Ao enfrenta-lo, o juiz tem de jogar com dados e elementos, que, às vezes, não foram presentes à elaboração da norma legal, compatibilizando-a com as características novas do contexto em que o fato se concretizou (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 109-110).

Com o Estado Democrático e Constitucional, há uma preocupação de que a jurisdição atue não somente como concretizadora da vontade da lei, mas também de aplicação dos preceitos e valores protegidos pela Constituição, preocupando-se com a o respeito à ordem positiva de forma que proteja e realize os direitos fundamentais. Dessa forma, a aplicação da lei deve sempre levar em consideração a

conformidade com os mandamentos e garantias da constituição (ARAÚJO, 2016, p. 292). O Código de Processo Civil de 2015 positivou este preceito no seu artigo 1º.

A Constituição, como norma maior, deve sempre balizar todas as decisões judiciais. Marinoni (2014, p. 129) ensina que

[...] quando se trata da argumentação em prol da técnica processual adequada ao direito fundamental à tutela jurisdicional, é preciso relacionar a argumentação com a: i) interpretação de acordo, ii) interpretação conforme, iii) declaração parcial, iv) concretização de norma de caráter aberto e v) supressão da omissão constitucional.

Deve ser levado em conta que o Estado Democrático de Direito, cujos fundamentos são a participação popular e os direitos fundamentais, garante a efetiva participação popular nas decisões políticas, havendo coexistência harmônica entre a soberania popular e a legalidade. Nele, são aplicados sob o crivo da legalidade, os ditames democráticos, buscando a garantia plena dos direitos humanos fundamentais (LA BRADBURY, 2006).

Direitos fundamentais são aqueles consagrados na Constituição Federal, de caráter vinculante, que estabelecem um núcleo de proteção mínimo e constituem fundamento de toda a ordem jurídica. Com a Constituição de 1988 e o desenvolvimento do Estado Constitucional, esses direitos passaram a balizar o exercício da jurisdição, e os juízes estão vinculados a eles na tomada de decisões.

São, em sentido material, “pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana” (MENDES; BRANCO, 2013, p. 140). Buscam proteger as reivindicações de todas as pessoas quanto a uma condição de vida digna e, também, de certos indivíduos que, pela situação especial em que se encontram, possuem, com isso, reivindicações especiais. Vinculam o Estado quando da criação das leis e, ainda, quando de sua aplicação, em que deverão ser cuidadosamente respeitados.

Sendo assim, não há que se falar em jurisdição como a mera aplicação da lei ao caso concreto, e muito menos em igualdade formal. O Estado Democrático de Direito busca a efetividade na garantia dos direitos humanos, para que todos os indivíduos tenham resguardadas as condições básicas para uma vida digna, sendo necessária, para tal, a preservação tanto dos direitos individuais ou de primeira dimensão, quanto os direitos sociais, os difusos e coletivos, etc.

Em virtude do chamado pós-positivismo que caracteriza o atual Estado constitucional, exige-se do juiz uma postura muito mais ativa, cumprindo-lhe compreender as particularidades do caso concreto e encontrar, na norma geral e abstrata, uma solução que esteja em conformidade com as disposições e princípios constitucionais, bem assim com os direitos fundamentais (DIDIER JR, 2012, p. 99).

O escopo jurídico da jurisdição é, portanto, “[...] a atuação (cumprimento, realização) das normas de direito substancial (direito objetivo)” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, p. 151).

O Estado, com a atividade jurisdicional, busca aplicar o direito material, garantindo, ainda, que ele seja estável. “O caráter duradouro e estável da jurisdição está vinculado à coisa julgada. A força e a autoridade da função jurisdicional residem na imutabilidade da decisão judicial. [...] A coisa julgada revela a força e a importância da atividade jurisdicional” (ARAÚJO, 2016, p. 290).

Sem a coisa julgada, as decisões tomadas pelo judiciário em atividade de substituição não proporcionariam segurança jurídica ao tutelado. Um mesmo caso poderia ser decidido repetidas vezes, de formas diferentes, a depender de quem o analisasse e do período em que fosse posto em discussão.

Didier (2016, s.p.) afirma que a coisa julgada torna “certa a situação de validade ou invalidade da situação jurídica litigiosa, ou de sua desconstituição, ou de sua violação”, ou seja, é o que a torna imutável. Essa imutabilidade é responsável pela razão de se buscar a atividade jurisdicional, e garantidora de segurança jurídica.

2 SEGURANÇA JURÍDICA

2.1 SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança jurídica apresentada pela Constituição Federal de 1988 é entendida como norma-princípio, que determina a proteção de um ideal de coisas. A realização deste ideal depende de comportamentos às vezes já previstos expressamente. Trata-se de um estado de cognoscibilidade – não apresenta significados prontos antes da atividade interpretativa; de confiabilidade – o Estado deve realizar mudanças sociais, porém, assegurando estabilidade e continuidade normativas, tendo em vista a preservação dos direitos fundamentais; e de calculabilidade – no sentido de que seja possível determinar os vários modos como os órgãos aplicadores poderão interpretar as normas jurídicas (ÁVILA, 2014).

Segurança jurídica “é o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve reconhecer e oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes” (GAJARDONI *et al.*, 2015, s.p.).

Aprofundando o estudo deste instituto, ao estudar seu aspecto material com vista ao futuro, pode-se arguir, em uma das significações, a segurança jurídica com a exigência de elevada capacidade de previsão das consequências jurídicas dos atos e fatos pela maioria das pessoas, garantindo que se possa antecipar a forma como as normas serão interpretadas e quais efeitos terão (ÁVILA, 2014).

Trata-se de um instituto consequencialista do direito, ou seja, é produto do ordenamento. Não há norma positivada que a garanta, porém ela advém como consequência do ordenamento, determinadora da harmonia intrasistêmica.

No entanto, são encontrados dispositivos constitucionais que pressupõem a necessidade de estabilidade, previsibilidade e imutabilidade das normas, ao tratar do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, até mesmo no preâmbulo da Constituição. Tais características são iminentes à segurança jurídica, externando seus efeitos jurídicos.

A CF/88 contém, igualmente, referências diretas e indiretas à "segurança". No Título referente aos "Princípios Fundamentais", ela institui um Estado Democrático de Direito (art. 1º), doutrinariamente associado [...] à ideia de segurança jurídica. No Título relativo aos "Direitos e Garantias Fundamentais", ela não só prevê o direito fundamental à "segurança" (art.

5º, caput) como também estabelece uma série de "garantias", isto é, de "instrumentos assecuratórios" de direitos. Em vários âmbitos normativos, institui numerosas "garantias" e "limitações" ao exercício do poder, tradicionalmente compreendidas como elementos parciais da segurança jurídica, de que são exemplo a legalidade (art. 5º, II, e art. 150, I), a irretroatividade (mi. 150, III, "a") e a anterioridade (art. 150, III, "b") (ÁVILA, 2011, p. 34).

A segurança jurídica é um direito fundamental, devendo ser buscada e mantida por todo o ordenamento jurídico (DIDIER JR., 2012). Por ter natureza de direito fundamental, trata-se de limitação ao poder do Estado. Dessa forma, Mendes e Branco (2013, p. 381) destacam que “a segurança jurídica, como subprincípio² do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça material”.

Ao tratar a segurança jurídica como norma³, Ávila (2011, p. 109) afirma que ela “pode consubstanciar uma norma jurídica, isto é, uma prescrição normativa por meio da qual se estabeleça, direta ou indiretamente, algo como permitido, proibido ou obrigatório”.

Para Gajardoni et. al. (2015, s.p.), a segurança jurídica “é princípio-mater da Constituição, verdadeira vértebra do Estado Democrático de Direito”, isso porque garante a previsibilidade do direito quando determina quais ações dos indivíduos serão punidas, e de que forma serão punidas. Assim, quando decidir praticar um ato, poderá prever que tipo de consequência sofrerá.

O fato de a aplicação da lei depender do entendimento que o juiz tem do seu texto acaba por gerar a chamada jurisprudência lotérica, que é a situação em que casos semelhantes são julgados de maneira diversa, a depender do juízo (ou juiz) ao qual for submetido. Essa situação traz grande insegurança jurídica, pois não há como se prever as consequências jurídicas dos atos praticados pelos indivíduos. A

² O posicionamento do STF acerca do princípio da segurança jurídica é o de considerá-lo um subprincípio do princípio do Estado de Direito, conforme exemplifica trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes no MS n. 24.268-0: "Considera-se, hodiernamente, que o tema tem, entre nós, assento constitucional (princípio do Estado de Direito) e está disciplinado, parcialmente, no plano federal, na Lei n. 9.784, de 29.1.99 (v.g., art. 22). Como se vê, em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria justiça material". MS n. 24.268, Tribunal Pleno, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJ 17.9.2004, p. 183 do acórdão. (ÁVILA, 2011, p. 210)

³ Em seu livro *Segurança Jurídica – Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*, Humberto Ávila diferencia os vários sentidos de segurança jurídica, quais sejam: como elemento definitório, como fato, como valor e como norma princípio. Neste trabalho, a segurança jurídica será trabalhada como norma.

previsibilidade é imprescindível, até mesmo, para a tomada de decisão pela prática ou não desse ato.

Essa previsibilidade é mais corretamente nomeada como calculabilidade, pois é “a capacidade de o cidadão prever, em grande medida, os limites de intervenção do Poder Público sobre os atos que pratica, conhecendo antecipadamente o âmbito de discricionariedade existente para os atos estatais” (ÁVILA, 2014, p. 140). Como forma de ampliar a segurança jurídica evitando a existência de jurisprudência lotérica, o novo CPC trouxe a previsão do uso dos precedentes na fundamentação da sentença, como forma de garantir previsibilidade e coerência às decisões judiciais.

O art. 489 do CPC, em seu §1º, indica os casos de falta de fundamentação da Sentença, que tem como consequência jurídica sua nulidade. O inciso V do referido dispositivo impõe a necessidade de o juiz indicar os fundamentos determinantes do enunciado de súmula ou do precedente utilizado na fundamentação e, ainda, de demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos, com a finalidade de assegurar que a utilização dos precedentes e súmulas seja feita de forma correta, com a análise individualizada do caso, o que garante que somente casos em que constem mesmos fundamentos do precedente serão julgados com base neles.

Em seguida, no inciso VI, invoca a obrigatoriedade de o juiz justificar o porquê de não ter feito uso do enunciado de súmula ou do precedente invocado pela parte, apresentando a distinção entre os casos e os fundamentos determinantes de cada um deles.

Tais ordenações legais corroboram com o entendimento de que obrigatoriedade do respeito aos precedentes, se tratada da forma correta, com cuidadosa verificação das similitudes entre os casos, amplia a segurança jurídica e enxuga o judiciário, visto que a parte poderá, ao fazer essa análise anteriormente à propositura da ação, antecipar as chances de aquele ser o resultado a obter no processo. A depender do resultado dessa análise, decidirá se é ou não vantajosa ou, até mesmo, cabível a propositura da ação.

Sendo assim, “a persecução por um Judiciário mais coerente, previsível e isonômico esbarra na falta de obrigatoriedade de observância aos precedentes. Em decorrência, o atual sistema vem enfrentando desafios como a baixa credibilidade no Poder Judiciário e excesso de demandas e recursos” (FONSECA, 2014, p. 11).

Considerando que a segurança jurídica possui regime extensivo e não podendo, em princípio, sofrer mitigação ou ponderação, esta também orienta a vinculação aos precedentes como maneira de previsibilidade, estabilidade e imutabilidade, sendo a garantia de segurança jurídica pelo precedente o cumprimento do seu regime jurídico, tornando a utilização do precedente medida idônea a garantir que não haja julgamentos diversos para casos idênticos.

2.2 PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO

Um dos princípios balizadores das decisões judiciais é o do livre convencimento motivado do juiz. Por ele, o magistrado tem a possibilidade de decidir conforme seu entendimento dos fatos e provas apresentados durante o processo, desde que motive sua decisão e exponha sua fundamentação legal (nesse caso, conceito *lato sensu* de lei).

Há grande preocupação com a influência trazida pelo artigo 489 do CPC sobre o livre convencimento motivado do magistrado. De acordo com Neves (2016, s. p.), a expectativa criada em torno desse artigo seria como

[...] se ele fosse capaz de retirar do juiz qualquer possibilidade de decidir conforme seu entendimento pessoal. Estaria tão condicionado o juiz em sua fundamentação pelas novas regras que sua opinião seria sufocada por elas e finalmente teríamos atingido um patamar de perfeição da atividade jurisdicional: retirar qualquer traço pessoal das decisões judiciais. Algo como tornar o Direito uma ciência exata...

Discute-se se essa obrigatoriedade de respeitar os precedentes, e todo o rigor trazido pelo art. 489 do CPC para a fundamentação da Sentença, teria mitigado o livre convencimento do juiz.

Porém, analisando o dispositivo legal, é possível entender que ele exige do julgador que entenda o caso gerador do precedente e, ao estudar o caso que deve julgar, visualize se há ou não similaridades suficientes entre eles que justifiquem que o julgamento seja feito da mesma forma como o foi o caso paradigma. O referido dispositivo quer que o magistrado faça “a escoreita e suficiente – mas sempre completa – discussão da tese jurídica a incidir sobre as especificidades do caso em julgamento” (BUENO, 2015, p. 615).

Essa comparação entre os casos e aplicação de decisão semelhante não retira o livre convencimento do juiz. Ele apenas deverá sempre manter coerência com relação aos entendimentos consolidados, até porque, desde que devidamente justificado e fundamentado, poderá ser alterado tal entendimento⁴.

A possibilidade (e o dever) dado ao juiz de basear as suas decisões em precedentes, sejam eles vinculantes ou não, é a grande novidade do código, implementada com o objetivo de evitar a já citada jurisprudência lotérica e potencializar a segurança jurídica, visto que aumenta a previsibilidade das decisões.

As críticas ao uso dos precedentes na fundamentação da sentença, quanto à segurança jurídica, baseiam-se na preocupação de que não haja a necessária análise do caso apresentado, o estudo profundo de suas peculiaridades, e que o juiz acabe por decidir baseado em outro caso que, por vezes, pode não ter as mesmas particularidades do caso em análise.

No entanto, para o uso correto do precedente, conforme Câmara (2016, s.p.),

[...] é preciso que se faça um confronto entre o caso precedente (isto é, o caso concreto que deu origem à decisão judicial que em um novo processo se pretende invocar como precedente) e o caso seguinte (ou seja, o novo caso, só agora submetido à apreciação judicial, e no qual se pretende invocar o precedente como fundamento da decisão). Impende que se faça uma análise dos fundamentos determinantes do precedente [...], justificando-se de forma precisa a aplicação desses fundamentos determinantes no caso sob julgamento com a demonstração de que este se ajusta àqueles fundamentos.

A pergunta a ser respondida é: de que forma será realizada essa análise? O código não apresentou o procedimento a ser utilizado para realizar tal verificação. Desta forma, ficou a cargo do magistrado definir se a verificação de similitude se dará analisando causa de pedir, pedido, semelhança entre os pedidos, fundamentos do pedido, etc. Estes parâmetros de verificação se o caso se assemelha suficientemente ao precedente não foram definidos.

Fica nítido o problema a ser resolvido. A falta de delimitação de procedimento pode aumentar demasiadamente o livre convencimento motivado do magistrado, deixando ao seu entendimento quais os critérios a serem utilizados.

⁴ O artigo 927 do CPC, em seus parágrafos 2º a 4º, admite a alteração tanto de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos, quanto de jurisprudência dominante do STF e tribunais superiores, estabelecendo os procedimentos a serem adotados para tanto e a possibilidade modulação de seus efeitos.

Seria, então, necessário estabelecer estes critérios. Porém, eles não precisam necessariamente ser determinados pela lei. A jurisprudência e a doutrina, por meio da hermenêutica e da principiologia do processo podem vir a delimitar o procedimento a ser utilizado.

Além das preocupações concernentes à mitigação ou, ainda, expansão desordenada do livre convencimento motivado e a possíveis falhas na análise e comparação entre os casos, também há grande preocupação com relação à estabilidade da jurisprudência dos tribunais superiores⁵.

Foi verificado, na decisão do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 593.309 – DF⁶, que uma turma não respeitou o entendimento consolidado do Tribunal. O ministro Humberto Gomes de Barros justifica essa divergência em seu voto, afirmando que uma das causas para sua ocorrência

[...] é resultado da irracional carga de trabalho a que se encontram submetidos os Ministros integrantes deste Tribunal. Tal carga, de sua vez, é resultado da baixíssima eficácia de nossas decisões. Delas, o Estado brasileiro faz absoluta *tábula rasa*: simplesmente as desconhece. Veja-se, como exemplo, o que ocorre em relação ao índice de reajuste do FGTS: embora tal índice seja necessariamente um só, o STJ é obrigado a defini-lo para cada uma das milhões de cotas que o compõem. (grifo do autor)

Para garantir certa estabilidade, o CPC descreveu procedimento mais dificultoso e com fundamentação mais densa para que possa haver alteração de entendimento consolidado⁷.

⁵ Em termos de brincadeira, ainda que o tema seja bastante sério, costuma-se chamar o Superior Tribunal de Justiça de tribunal gerúndio, já que nunca decide ou entende, mas está decidindo ou entendendo, podendo mudar o entendimento a qualquer momento. Ou ainda de tribunal Band News, já que em 20 minutos tudo pode mudar. É a chamada jurisprudência banana boat, expressão que dispensa explicações. (NEVES, 2016)

⁶ AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 593.309 - DF (2005/0051288-8)

I - PROCESSUAL STJ - JURISPRUDÊNCIA - NECESSIDADE DE QUE SEJA OBSERVADA.

- O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós os integrantes da Seção não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal para que os demais órgãos judiciais façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la.

⁷ Art. 927, §4º, CPC: A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

O livre convencimento motivado do juiz deve limitar-se aos entendimentos consolidados, somente os alterando quando haja real necessidade, e esta deve ser exaustivamente fundamentada e justificada quando desta alteração. Essa determinação do CPC visa estabilizar a jurisprudência e, conseqüentemente, promover segurança jurídica.

2.3 CELERIDADE PROCESSUAL

A tutela jurisdicional deve ser efetivamente prestada ao jurisdicionado. Para tanto, importante que ela se dê em prazo razoável, para que o direito seja proporcionado. O simples direito de ação não é suficiente para a prestação da tutela jurisdicional adequada. O Poder Judiciário deve assegurar que não haja morosidade excessiva e que o resultado do processo se dê com celeridade.

A Constituição do Brasil é signatária do Pacto de São José da Costa Rica que, no seu art. 8, 1, prevê que toda pessoa tem o direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem os seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza.

A partir desse dispositivo já é possível verificar que a concretização dos direitos depende, dentre outras coisas, de um processo célere.

A Emenda Constitucional 45 de 2004 introduziu o art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal, que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (BRASIL, 1988).

Porém, há que se entender que celeridade processual e razoável duração do processo não devem significar, simplesmente, o rápido andamento processual, mas garantir que todas as suas fases sejam respeitadas e que não haja morosidade do Poder Judiciário. Um processo rápido não é, necessariamente, um processo justo. A celeridade, por si só, não proporciona a concretização do direito, o que o faz é o respeito aos procedimentos e às garantias (ROCHA; GUEDES, [s.d.]).

Por óbvio que a lentidão no cumprimento das providências, que faz com que um processo se arraste por anos sem que haja uma resposta aos demandantes,

implica em não prestação da tutela jurisdicional. No entanto, a celeridade desrespeitando-se os procedimentos pode gerar uma tutela falha.

Uma das causas da morosidade do Poder Judiciário, que acaba por prejudicar a celeridade processual, é o excesso de demandas judiciais, que infla os tribunais e dificulta o atendimento jurisdicional. Além disso, a burocracia demasiada do serviço público promove grande dificuldade no trâmite processual.

O CPC vigente trouxe algumas mudanças com a finalidade de garantir celeridade processual, como o fim da divisão do procedimento comum em ordinário e sumário (art. 328), que passou a ser um só, o estímulo à autocomposição e à cooperação entre os sujeitos processuais, a necessidade de o magistrado indicar precisamente as alterações que devam ser feitas quando da necessidade de emenda à inicial (evitando, ainda, que o processo seja extinto e proposto novamente), dentre outras.

Um dos instrumentos idôneos à celeridade processual pode ser vislumbrado no precedente, em razão da uniformização da jurisprudência e consequente aplicação do tribunal a demandas repetitivas.

3 PRECEDENTES JUDICIAIS

O sistema jurídico adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro é o *civil law*. Nele, a lei é a principal fonte do direito, e dela se destaca a norma jurídica que irá reger os casos que se adequem em sua hipótese de incidência. Em sua essência,

[...] caracteriza-se pelo fato de as leis serem a pedra primal da igualdade e da liberdade, posto que objetivava proibir o juiz de lançar interpretação sobre a letra da lei, fornecendo, para tanto, o que se considerava como sendo uma legislação clara e completa; onde, ao magistrado, caberia apenas proceder à subsunção da norma, solucionando, assim, os litígios, sem que haja uma necessidade premente de se estender ou restringir o alcance da lei, e sem que exista a ausência ou conflito de normas (DE CASTRO; GONÇALVES, 2012).

Este sistema foi criado no intuito de garantir que a lei fosse uma só para todos, sem distinção, limitando a atividade do juiz apenas a aplicar a lei ao caso concreto, sem realizar valorações em que houvesse influências externas.

No entanto, é cediço no nosso ordenamento que as leis carecem de interpretação. Não são todos os casos em que a aplicação da lei em sua forma literal é suficiente para dirimir as controvérsias existentes no caso concreto. A interpretação da lei, nestes casos, dá-se no momento da prolação das decisões, em que “o judiciário deve compreendê-la e interpretá-la a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais” (MARINONI, 2014, p. 44). Para Dinamarco (2013, p. 231),

[...] o juiz indiferente às escolhas axiológicas da sociedade e que pretenda apegar-se a um exagerado literalismo exegético tende a ser injusto, porque pelo menos estende generalizações a pontos intoleráveis, tratando os casos peculiares como se não fossem portadores de peculiaridades, na ingênua crença de estar com isso sendo fiel ao direito.

Desta forma o juiz, em vez de apenas declarar a lei ou criar a norma individual a partir da norma geral, também passa a reconstruir a norma jurídica a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle da constitucionalidade e da adoção de postulados normativos para a harmonização dos direitos fundamentais no caso concreto (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015). Já dizia Dinamarco que a grande tarefa do juiz ao sentenciar é a de “examinar as provas, intuir o correto enquadramento jurídico e interpretar de modo

correto os textos legais à luz dos grandes princípios e das exigências sociais do tempo” (2013, p. 231).

No entanto, esta interpretação sofre influências diversas⁸, além de passar pelo livre convencimento motivado do magistrado, podendo, com isso, casos semelhantes acabarem por obter julgamentos diferenciados, simplesmente por terem suas decisões proferidas por diferentes juízes. Portanto, “quando se trata de sociedades nas quais haja muitos juízes e tribunais, o problema então passa a ser o de assegurar que sobre todo o território se estenda a mesma jurisdição, a qual deverá dar o mesmo tratamento jurídico a casos iguais ou análogos” (STRÄTZ, 2013, p. 3).

A fim de evitar esta insegurança nas decisões, passou-se a aproximar o nosso ordenamento, ainda que timidamente, ao regime da *common law*, ao possibilitar a confecção de súmulas que vinculam ou direcionam as decisões.

Importante compreender as diferenças entre julgado, jurisprudência, precedente e súmula. Os precedentes judiciais têm origem no *common law*, e vêm sendo inseridos na fundamentação das decisões judiciais desde antes do novo Código de Processo Civil, mesmo porque a emenda constitucional 45/2009 instituiu constitucionalmente as súmulas vinculantes no nosso ordenamento.

Súmula vinculante pode ser entendida como “o instrumento que permite ao Supremo Tribunal Federal padronizar a exegese de uma norma jurídica controvertida, evitando insegurança e disparidade de entendimento em questões idênticas” (BULOS, 2014, p. 1334).

Para que haja a edição de súmula vinculante, é necessário haver decisões reiteradas sobre matéria constitucional, com a exigência de que a matéria tenha sido objeto de debate e discussão no Supremo Tribunal Federal. Seu objetivo é superar controvérsias sobre a validade, a interpretação e a eficácia de normas, o que pode prejudicar a segurança jurídica e aumentar demasiadamente o número de processos (MENDES; BRANCO, 2013).

⁸ “O intérprete jamais chega ao texto sem um “ter-que-ver-prévio” com este: *se o texto fala de poder, de justiça ou da vida, o leitor/intérprete entenderá o texto em função de suas próprias experiências sobre o poder, a justiça e a vida*. Jamais haverá, pois, uma leitura ingênua, porque o intérprete leva consigo uma compreensão prévia daquilo que quer compreender. Entre essa compreensão prévia e o texto (fato, norma, etc.) se dá, pois, *uma relação de circularidade típica, um círculo que pode frustrar a compreensão definitiva, porém que é certamente algo positivo, porque não há forma de entender uma coisa que não seja inserindo-a em uma bagagem de conhecimentos prévios que permitem que esta coisa desdobre todo o sentido que encerra*” (STRECK, 1999, p. 235). (grifo do autor)

Com a inserção das súmulas vinculantes no ordenamento jurídico, passou a existir duas espécies de súmulas: “as *vinculantes* e as *não vinculantes*. As primeiras, com força de lei, e as segundas, como indicativas da jurisprudência dominante no STF, no STJ e nos demais Tribunais do país” (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 793).

[...] a súmula vinculante, como o próprio nome indica, terá o condão de vincular diretamente os órgãos judiciais e os órgãos da Administração Pública, abrindo a possibilidade de que qualquer interessado faça valer a orientação do Supremo, não mediante simples interposição de recurso, mas por meio de apresentação de uma reclamação por descumprimento de decisão judicial (CF, art. 103-A) (MENDES; BRANCO, 2013, p. 967).

Pode-se dizer que para fundamentar uma decisão com base em precedente, apenas um é suficiente. Já para fundamentá-la em jurisprudência, deverá haver a indicação de vários julgados no mesmo sentido (NEVES, 2016, s.p.).

Podemos entender precedente, em sentido próprio, como a decisão judicial que deve ser seguida por outras decisões que atinjam casos idênticos, pois fixou a norma jurídica a ser seguida. Em sentido impróprio, trata-se da própria norma jurídica criada pela decisão judicial. Essa norma jurídica constitui a *ratio decidendi* encontrada na fundamentação do julgado (CRAMER, 2016).

Common law é o sistema adotado por alguns países em que o ordenamento se baseia em decisões judiciais dos tribunais superiores, tendo estas, neste sistema, força de lei. Este sistema jurídico teve início com a fundamentação das decisões nos costumes da sociedade, mediante o reconhecimento de tais costumes como normas de conduta pelos tribunais (CASTRO; GONÇALVES, 2016). “Os países que pertencem à tradição do *common law* construíram a prática do precedente judicial vinculativo, que se caracteriza pelo fato de a *ratio decidendi* de um alto tribunal ser, em princípio, obrigatória para os tribunais inferiores” (MENDES, 2013, p. 966), sendo sua característica primordial considerar o “precedente como fonte primária de direito” (MARINONI; ARENHART; MITIDIETRO, 2015, p. 114).

O Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 927, traz a obrigatoriedade dos juízes e tribunais observarem, além dos enunciados de súmulas vinculantes e das súmulas do STF e do STJ, as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos e a orientação do

plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. “O novo Código, em suas linhas fundamentais, contém um sistema que prestigia a *jurisprudência* como fonte de direito [...]” (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 797). Ou seja, os precedentes ganharam mais força com a edição do novo diploma legal.

Algumas críticas acerca deste sistema baseiam-se na preocupação de que ele afetaria a segurança jurídica, vez que baseado em decisões judiciais, não no texto escrito da lei, sob o argumento de que a Constituição Federal não dá ao Poder Judiciário o poder de legislar, e que tal vinculação estaria conferindo esse poder aos Tribunais e que, para tanto, haveria de se alterar a Constituição neste sentido.

[...] os “precedentalistas” objetivam institucionalizar órgãos dotados de autoridade com a função de criar normas e, com isso, senão acabar com caráter indeterminado do direito, reduzi-lo, a fim de que se obtenha segurança jurídica, cognoscibilidade e previsibilidade, mesmo que as Cortes de Precedente errem. Com isso, seria possível obter respostas antes das perguntas, voltando-se, após a criação da norma-precedente ao “cognitivismo interpretativo” inicialmente combatido: o precedente já contém uma pré-interpretação; a função dos juízes e tribunais que não criam precedentes é tão-somente aplicá-los. Mas a questão principal a ser tratada aqui é a seguinte: o precedente vincula e obriga não pela qualidade das suas razões, mas porque é necessário que alguém dê a última palavra, estancando os problemas interpretativos. Em outras palavras, a teoria dos precedentes legitimaria alguém (a corte de precedentes) a errar por último, na medida em que é dispensável o acerto da decisão para ganhar força vinculante. Entre decisões eventualmente erradas que conferem segurança jurídica e a necessidade de respostas corretas seria melhor, para a teoria brasileira dos precedentes, a primeira opção (RAATZ, 2016, p. 3).

Theodoro Junior (2015, p. 792) entende que “com esse sistema o direito processual prestigia, acima de tudo, a segurança jurídica, um dos pilares sobre que assenta, constitucionalmente, o Estado Democrático de Direito”, tendo em vista que “a força obrigatória do precedente não significa que o judiciário tem poder para criar o direito” (MARINONI; ARENHART; MITIDIETRO, 2015, p. 115). Pelo contrário, o judiciário acaba por forçado a uniformizar sua jurisprudência, obrigação trazida expressamente pelo artigo 926 do novo Código, além de ter que mantê-la estável, íntegra e coerente.

Esta norma fortalece a segurança jurídica e evita a produção de jurisprudência lotérica, pois independentemente do juízo responsável pela decisão, ela terá que observar interpretações já realizadas, aumentando sua previsibilidade.

No entanto, “a própria jurisprudência dominante, que serve de bússola aos juízes singulares e tribunais inferiores, deveria, assim como acontece com a lei, ser

por estes “individualizada” ou “concretizada” (STRÄTZ, 2013, p. 3) sob pena de se ter um efeito semelhante ao que se atribui à aplicação literal e integral do texto de lei, visto que a jurisprudência dominante se firma em fornecer subsídio interpretativo aos casos semelhantes.

Sendo assim, “para se dar sentido ao caso, é necessário pensar na lei, ou melhor, é necessário considerar de que modo o caso se insere em face da lei e da interpretação que lhe é dada pelos tribunais” (MARINONI, 2014, p. 94), para que cada caso possa ser analisado individualmente, sob suas características e condições particulares.

A vinculação acarreta a situação de que, “nos limites dos precedentes, as teses jurisprudenciais adquirem a autoridade de fonte do direito” (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 111) e, com isso, uma preocupação que surge é a de que haja mitigação do princípio do livre convencimento motivado do juiz, que teria menos autonomia para decidir.

Contudo, o fato de haver a necessidade de se observar os precedentes dos tribunais não engessa o juiz na sua análise, já que cabe a ele a verificação, diante do caso concreto, da sua similaridade com o paradigma apresentado pelo precedente. Somente com a análise minuciosa de cada caso poderá justificar a aplicação ou não da jurisprudência em questão. Além disso, “para se dar sentido ao caso, é necessário pensar na lei, ou melhor, é necessário considerar de que modo o caso se insere em face da lei e da interpretação que lhe é dada pelos tribunais” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 103).

Além do mais, os precedentes não são imutáveis, assim como não o é “a jurisprudência dominante, mesmo quando sumulada” (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 801). A evolução da sociedade e dos entendimentos acarretará a necessidade imposição de novas interpretações, que darão origem a novos precedentes, que estarão sempre a tentar acompanhar as modificações da sociedade, tarefa esta impossível de ser realizada pelo legislador. Inclui-se ainda que “a legitimidade da decisão jurisdicional depende não apenas de estar o juiz convencido, mas também de o juiz justificar a racionalidade da sua decisão com base no caso concreto, nas provas produzidas e na convicção que formou sobre as situações de fato e de direito” (MARINONI, 2014, p. 106).

Outra preocupação que advém da vinculação aos precedentes é a de prejuízo à celeridade processual, em razão da necessidade de análise minuciosa do

caso concreto para verificar a identidade com o paradigma, sabendo-se que “o discurso de aplicação já operado pela Corte Superior quando da elaboração do precedente norteador não tem o condão de exonerar o juiz processante de examinar, pelo menos, se se revela correta a aplicação daquele precedente ao caso concreto, ou, ao contrário, se se trata de caso singular apto a “excepcionar / derrotar” o precedente” (STRÄTZ, 2013, p. 4).

A obrigação de realizar análise minuciosa acerca das similaridades dos casos não trouxe consigo os critérios a serem utilizados para tanto. O que se tem é que aos casos que sejam semelhantes ou tratem-se da mesma questão, aplica-se o precedente; àqueles que apresentarem particularidades fático-jurídicas que não estejam presentes no precedente, este é afastado (*distinguishing*) (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015).

A celeridade processual não pode ser óbice para o enquadramento correto da norma, porém não pode ser negligenciada, pois também dela depende o sucesso da tutela buscada no judiciário.

Pode-se perceber que “a valorização da jurisprudência, seja por meio das súmulas, seja por força dos precedentes, não amplia os poderes do juiz, pelo contrário, é uma forma de garantir limites à atividade criativa do julgador” (MACÊDO, 2014, p. 273, *apud* THEODORO JUNIOR, 2015, p. 794). Todavia, busca diminuir a incidência de jurisprudências conflitantes sobre os mesmos assuntos.

A valorização do precedente judicial, além de potencializar a segurança jurídica, pode melhorar a celeridade processual. Ao utilizar-se, na fundamentação das decisões, dos precedentes formados por decisões anteriores, o julgador minimiza o trabalho de buscar a fundamentação legal cabível, pois se trata de uso da mesma base de raciocínio para casos que necessitam da mesma fundamentação.

A grande dificuldade na determinação de como será realizado o *distinguishing* entre o caso que gerou o precedente e o caso em análise leva à seguinte problemática: o fato de não se ter parâmetros objetivos estabelecidos para se realizar essa distinção devolve ao juiz a discricionariedade que, ignorando-se os precedentes, fazia com que decisões diferentes fossem tomadas para casos semelhantes?

Isso porque, se cabe ao juiz decidir como será realizada a verificação de aplicabilidade ou não do precedente, esta poderá ser feita da forma como ele achar

mais correta, levando, possivelmente, a situações em que casos semelhantes serão julgados de forma diversa pela falha na verificação das particularidades entre os casos. Daí vem a necessidade de serem estabelecidos métodos para que seja feita esta análise.

Ainda, há que se considerar que o sistema de precedentes vinculantes adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro se difere do encontrado no *Common Law*, tendo em vista que, no nosso ordenamento, estes decorrem da lei e, portanto, já nascem como precedentes. No momento em que o tribunal o produz, já o faz sabendo que está produzindo uma diretriz decisória, que deverá ser utilizada no julgamento dos casos futuros sobre a mesma matéria. O precedente que nasce dessa forma é o vinculante. O que vem a ser reconhecido como tal no futuro, é o persuasivo (CRAMER, 2016).

Pode-se entender o precedente como norma, já que é de observância obrigatória e advém da interpretação do texto normativo.

4 O PRECEDENTE E SEUS EFEITOS SOBRE A JURISDIÇÃO E A SEGURANÇA JURÍDICA

O texto do Código de Processo Civil de 2015, ao valorizar os precedentes judiciais, falhou na forma em que colocou as determinações de como isso deve ser feito. Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015) dão enfoque à necessidade de se entender, na leitura do art. 926, as diferenças existentes entre as cortes voltadas à justiça do caso concreto e as cortes voltadas à unidade do direito.

As primeiras, chamadas Cortes de Justiça – Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça – têm como função controlar a interpretação do direito e fomentar o debate acerca das soluções interpretativas possíveis. As segundas, conhecidas como Cortes Supremas – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça – têm como função interpretar o direito a partir do caso concreto e dar a solução final de como o direito constitucional e o direito federal devem ser entendidos.

Dessa forma, ao falar de tribunais indistintamente, o referido dispositivo acaba por limitar o debate interpretativo, que é necessário ao desenvolvimento do direito. Os autores citados afirmam que é necessário distinguir estas cortes e assimilar que, após as Cortes Supremas lançarem entendimento acerca de um tema, os Tribunais pertencentes às Cortes de Justiça devem uniformizar a aplicação destes precedentes, ou seja, são funções e atributos diferentes conferidos a cada uma delas.

Quando houver divergência interpretativa interna, há mecanismos legais e regimentais que devem ser acionados para a promoção da uniformização jurisprudencial. Com a fixação da tese uniformizadora, as demais opiniões, minoritárias, deixarão de aplicar os entendimentos superados até que haja fatos justificadores de reabertura do debate. Ao aplicarem os precedentes, os juízes e tribunais deverão cumprir o disposto nos arts. 10 e 489 do Código de Processo Civil (abertura de contraditório nos casos em que o debate processual ainda não tenha abordado o precedente visado pelo juiz, e identificação dos fundamentos determinantes do precedente, demonstrando como este se ajusta ao caso sob julgamento) (THEODORO JÚNIOR, 2015).

A efetividade do cumprimento do dever de uniformização jurisprudencial, levando-se em conta que não há procedimento previsto no Código, deve ser resolvida por legislação processual extravagante, que deverá trazer os procedimentos e demais prescrições legais que determinem como deve ocorrer a formação dos precedentes (FEITOSA; SEIXAS; PINTO, 2016).

O elemento legitimador da atividade jurisdicional é a motivação. O dever do juiz de motivar as suas decisões permite o controle da discricionariedade do juiz e é fundamental ao exercício do contraditório e do duplo grau de jurisdição, importantes garantias constitucionais. Além disso, a obrigatoriedade de motivação das decisões é determinante para a compreensão do sistema de precedentes judiciais (OLIVEIRA, 2016).

Quando se fala em prestação da tutela jurisdicional, como já explanado em capítulo próprio, são diversos os fatores que devem ser postos em pauta. Esta não pode estar resumida à solução judicial do conflito, mas abrange, também, a garantia de que a solução apresentada será concretamente aplicada e, ainda, que haja homogeneidade nas decisões, ou seja, aos casos idênticos, soluções idênticas.

Com essa previsibilidade, o exercício do direito de acionar o Poder Judiciário se torna mais fácil, tendo em vista uma maior clareza quanto aos direitos que cada parte pode vir a ter, e à viabilidade de alcança-los mediante ação judicial.

Ainda na vigência do CPC de 1973, buscando evitar condutas errôneas e inconsequentes dos juízes como, por exemplo, a falta de fundamentação ou fundamentação incorreta de suas decisões e o uso indiscriminado das súmulas, sem que se atentasse aos precedentes que lhes deram origem,

[...] sucessivas reformas se fizeram necessárias no decorrer da vida útil do CPC/73. Objetivos primordiais: conferir coerência e estabilidade às decisões do Judiciário, de modo a concretizar a ordem democrática imposta pelo moderno processo civil. Ao longo da construção desse novo processo, incorporou-se ao direito pátrio a figura do *stare decisis*; atribuiu-se ao Supremo a edição das chamadas súmulas vinculantes; implantou-se a repercussão geral nas questões submetidas a recurso extraordinário; decisões do STF em Ação Declaratória de Constitucionalidade e Ação Direta de Inconstitucionalidade passaram a ser vinculantes; bem como se facilitou o julgamento de recursos repetitivos, tudo na esteira da teoria dos precedentes judiciais (FEITOSA; SEIXAS; PINTO, 2016, p. 237).

Desta forma, já na vigência do antigo código havia preocupação com a utilização adequada dos precedentes judiciais. Com a entrada em vigor do CPC

atual, houve uma aproximação ainda maior com o sistema do *common law*, como forma de fortalecer a prestação jurisdicional.

[...] quem quer que esteja preocupado em saber qual seu *espaço de liberdade de ação* e quais *efeitos jurídicos* são ligados às suas *opções socioeconômicas* (princípio da liberdade), preocupado em saber como deve fazer para aplicar o direito a partir da necessidade de que todos sejam *efetivamente iguais* perante a ordem jurídica [...] e como tornar a interpretação e a aplicação do direito algo forjado nas fundações do princípio da *segurança jurídica*, não pode obviamente virar as costas para o problema da interpretação judicial do direito e dos precedentes daí oriundos (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 606-607). (grifo do autor)

A vinculação aos precedentes, no poder-dever do Estado de prestação da tutela jurisdicional, pode vir a ser uma forma legítima de procedimento, evitando o formalismo excessivo e superando o procedimentalismo. No entanto, a facilidade galgada com o uso dos precedentes esbarra na falta de uniformização da jurisprudência e nas decisões em sentidos diversos.

No Brasil, parcela significativa dos juízes de primeiro grau de jurisdição e dos Tribunais de Justiça e Regionais Federais não respeitam os precedentes do STJ. Na verdade, esses juízes e tribunais sequer argumentam para deixar de aplicar uma decisão da Suprema Corte. O próprio STJ tem entendimentos diferentes a respeito de casos iguais. Isso ocorre não só quando uma Turma diverge da outra. Uma mesma Turma, não raras vezes, não mantém estável determinada decisão (MARINONI, 2016, p. 71).

Ao abordar essa questão, Marinoni (2016) afirma que a dificuldade em aceitar um sistema de valorização dos precedentes provém de uma sociedade patrimonialista, em que predomina o interesse em um sistema incoerente e aberto a mudanças repentinas. O que ocorre é a falta de interesse, por parte de determinadas posições sociais, na racionalização da distribuição do direito. Desta forma, ao vincular o patrimonialismo ao Poder Judiciário, é feita referência ao caráter pessoal das decisões, não havendo respeito aos precedentes das Cortes Supremas, e os juízes têm uma tendência a tratar casos iguais de forma diferente.

Para o mesmo autor, a universalidade das regras é indispensável se o objetivo é uma sociedade desenvolvida e na qual não há interesse em privilegiar alguns poucos, e para se chegar a ter uma nação, e não uma “família”, devem ser privilegiadas a universalidade do direito e a autoridade do Poder Judiciário. Para

evitar que haja manipulação das decisões, é imprescindível dar aos precedentes das Cortes Supremas a devida autoridade, vinculando os juízes e tribunais.

Opiniões contrárias ao sistema de precedentes vêm sob o argumento de que dar força vinculante ao instituto nada mais é do que dizer que o direito é o que os tribunais dizem que ele é. Raatz (2016, s.p.) entende que,

Embora estejamos de acordo que o Direito não pode ser algo despido de racionalidade, no sentido de que seja um exercício de adivinhação ou, como se tem dito, uma “jurisprudência lotérica”, não parece que a melhor solução seja identificá-lo naquilo que os tribunais dizem que ele é, mormente se a força vinculante das suas decisões (ainda que sejam “justificadas”), não depende da sua qualidade, mas, sim, da autoridade e da busca por segurança jurídica (repita-se, a qualquer custo), como se os fins justificassem os meios. Esse não parece ser o melhor caminho a ser trilhado num Estado Democrático de Direito em que a luta constante reside justamente em evitar que o Direito e a própria lei sejam constantemente fragilizados.

Importante lembrar que, trazer a vinculação aos precedentes, seja aos de natureza obrigatória ou aos persuasivos, implica em uma postura do advogado no sentido de que, ao ser apresentado a um caso em que o cliente busca decisão diferente das posições dos tribunais, tem o dever de orientá-lo, explicando as chances de alteração do entendimento e as dificuldades a serem enfrentadas, sob pena de responsabilização disciplinar e pelos prejuízos causados ao cliente. Para tanto, deve se manter atualizado sobre os entendimentos predominantes (CRAMER, 2016).

A atividade de prestação da tutela jurisdicional, quando entendida como garantia e satisfação do direito, pode encontrar um problema com o sistema de precedentes vinculantes: o excesso de ações judiciais acarreta um acúmulo de serviço pelo Poder Judiciário, o que leva a decisões mais mecânicas e, muitas vezes, sem a devida análise das particularidades caso a caso. Se o sistema de súmulas já é, em inúmeras vezes, utilizado de forma errônea, sem a verificação do caso que levou à sua formação, o que fará com que os precedentes não sejam utilizados da mesma forma?

Muitas vezes, os julgadores utilizam-se das súmulas como se fossem normas de aplicação geral, cujo conteúdo se encontra restrito ao enunciado. No entanto, a súmula é produto da interpretação e julgamento de um caso concreto, repleto de particularidades, e não é possível que ele se identifique com todos os outros casos que se assemelhem ao enunciado criado a partir dali. Quanto aos

precedentes, da mesma forma, as particularidades do caso que gerou o precedente devem ser comparadas ao caso ao qual se quer aplica-lo.

O próprio artigo 926 do Código de Processo Civil, ao determinar que os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes quando da edição de enunciados de súmula, demonstra que o uso dos precedentes deve ser feito com maior rigor e, até mesmo, que não há mais o cabimento de se postular perante o juízo fundamentando-se tão somente na ementa de um julgado, sem a demonstração de que, no mérito, os casos que deram origem ao julgado e o caso em questão identificam-se suficientemente para justificar seu uso (FEITOSA; SEIXAS; PINTO, 2016).

Em suma, “o novo modelo reclama que a referência aos precedentes, seja por juízes, seja por advogados, deve ser feita de forma ética e criteriosa, por meio da *ratio decidendi* e com a explicitação dos motivos do seu encaixe ou não no caso concreto” (CRAMER, 2016, p. 203). Sendo assim, o próprio texto legal determina como deve se dar a fundamentação, exigindo a indicação dos pontos de convergência entre os casos.

O artigo 927 do CPC traz que o juiz ou tribunal pode, ao decidir, afastar o precedente, afirmando que o caso contém particulares que o distanciam daquele. Porém, para tanto, tem um pesado ônus argumentativo para deixar de aplica-lo se, segundo uma das partes, em princípio ele poderia ser aplicado. A lógica dos precedentes obrigatórios impede que as decisões sejam manipuladas para favorecer um dos litigantes. Verifica-se a necessidade dessa fundamentação pormenorizada também ao considerar o artigo 489 do código (MARINONI, 2016).

Outro ponto sensível acerca da viabilidade do sistema de precedentes ocorre em seus efeitos sobre a segurança jurídica. Haveria prejuízo ou ampliação da segurança jurídica com a sua implantação? Há diferentes vertentes a serem sopesadas.

Por um lado, pensando com relação às limitações que esse sistema impõe à discricionariedade dos juízes e tribunais, pode-se chegar à conclusão de que há fortalecimento da segurança jurídica, no sentido de que o julgador não poderá decidir de forma diferente do entendimento consolidado sem se utilizar de forte argumentação, buscando alteração de entendimento. “A percepção de que a norma é o resultado da interpretação [...] abriu espaço para que se pensasse na *decisão judicial não só como um meio de solução de determinado caso concreto, mas*

também como um meio para promoção da unidade do direito” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 606) (grifo do autor).

Assim, sob esse ângulo, a previsibilidade é ampliada, pois mediante análise dos precedentes de um tribunal é possível chegar a uma previsão das chances que se tem ao ingressar com uma demanda semelhante no Poder Judiciário. Essa previsibilidade auxilia em vários sentidos, tanto com relação ao trabalho do advogado, quanto ao do próprio Poder Judiciário.

O advogado, ao saber a tendência de entendimento do tribunal a respeito de determinada matéria, terá maiores argumentos para discutir com seu cliente as chances ou não de sucesso com a demanda, e se há viabilidade de acionar o judiciário em busca do direito. Desta forma, com material em mãos para prever o desfecho da demanda, a orientação jurídica acerca de uma lide fica mais clara e segura.

Ainda, a ampliação da previsibilidade com a vinculação do julgador aos casos já decididos possibilita a redução do número de ações propostas, “enxugando” os tribunais, sempre abarrotados de causas com temáticas repetidas e já amplamente estudadas. A diminuição do número de demandas facilita o trabalho de prestação da tutela jurisdicional e diminui a morosidade do sistema, dando celeridade ao processo.

Por outro lado, importante entender que, se há diminuição na discricionariedade do julgador quanto à tese jurídica a ser utilizada, há, também, um aumento no seu poder no que diz respeito ao entendimento de qual seria o procedimento a ser utilizado para o *distinguishing* entre caso paradigma e o caso a ser julgado. O Código de Processo Civil não trouxe o procedimento, o que pode levar o juiz a decidir pelo seu livre convencimento, levando a diferentes métodos, que levam a diferentes resultados.

Caso a análise das similaridades entre os casos não seja feita de forma correta e segura, todos os argumentos trazidos quanto à segurança jurídica alcançada com o uso dos precedentes caem por terra, sob o risco desse excesso de discricionariedade levar à arbitrariedade. O livre convencimento motivado do juiz, não previsto expressamente no novo diploma legal, mas tão presente nos seus normativos, não pode ter sua ampliação feita a tal ponto que deixe o magistrado livre para decidir a forma como deve comparar os casos.

O modo de se driblar essa falta de procedimento é a prescrição, pela doutrina e pela jurisprudência, dos critérios a serem utilizados, vinculando o juiz e os tribunais a eles ou, pelo menos, forçando-os a justificar o porquê da utilização de um ou outro método previsto para tal.

Alguns autores já estão trazendo seus entendimentos acerca da forma como essa distinção deve ser realizada. Cramer (2016) explica que, até agora, a preocupação do Direito Processual Civil com relação à identidade de ações se deu no intuito de verificar a ocorrência de litispendência ou coisa julgada (identidade de partes, de causa de pedir e de pedido). O sistema de precedentes obriga que seja compreendido como se dá a identidade de casos.

O autor traz em seu livro o modelo de Teresa Arruda Alvim Wambier, que afirma que há a identidade absoluta e a identidade essencial. Identidade absoluta seria aquela em que os fatos relevantes para a controvérsia são idênticos, assim como a questão jurídica. Identidade essencial, por sua vez, ocorre em casos que possuem fatos completamente diferentes, mas têm núcleo fático e valoração jurídica idênticos. As duas identidades seriam suficientes para o encaixe do precedente.

O entendimento do autor é o de que “*casos idênticos são aqueles que têm identidade de tese jurídica*”, que se configura cumulando dois requisitos: “(a) *semelhança dos fatos referentes ao pedido ou à questão a ser julgada*; e (b) *identidade dos fundamentos jurídicos desse fato*” (CRAMER, 2016, p. 143) (grifo do autor). Baseando-se nesse entendimento, afirma que a tese jurídica pode se originar do pedido formulado na ação, e também de uma questão incidental, que pode versar, inclusive, de matéria processual.

Ainda, entende que casos semelhantes são aqueles em que os fatos essenciais para o entendimento do pedido ou da questão possuam aspectos comuns ou sejam parecidos, e que identidade de fundamentos jurídicos ocorre quando a valoração jurídica dos fatos é a mesma. Sendo assim, ainda que as partes, causa de pedir e pedido sejam formalmente distintos, mas o pedido ou a questão a ser apreciada se baseiem em fatos semelhantes e fundamentos jurídicos idênticos, os casos terão a mesma tese. Se o caso concreto não tiver a mesma tese jurídica do precedente, ocorre a distinção.

Como se pode ver, já estão surgindo, por parte da doutrina, elementos que possibilitem uma aplicação segura e prática do sistema de precedentes judiciais. E,

de qualquer forma, este sistema já vem sendo aplicado pelos tribunais, conforme podemos verificar na jurisprudência:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE FGTS. MUNICÍPIO DE IBATIBA. EFEITO SUSPENSIVO AO RECURSO OPE LEGIS. SERVIDORA OCUPANTE DE CARGO PÚBLICO SUJEITA AO REGIME JURÍDICO ESTATUTÁRIO. NÃO COMPROVADA A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DA AUTORA. DISTINGUISHING. RECURSO PROVIDO. INVERSÃO DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. 1) A demanda examinada não se assemelha à ratio decidendi do Recurso Extraordinário nº 596.478/RR - cuja repercussão geral foi reconhecida, qualificando-lhe como representativo da controvérsia -, o qual reputou constitucional o disposto no art. 19-A da Lei nº 8.036/90, que, a seu turno, assegura o direito ao FGTS ao trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo por ofensa ao princípio do concurso público; REsp nº 1.110.848/RN (Tema 41), julgado sob a sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil/73; além do Incidente de Uniformização de Jurisprudência (processo nº 0001651-95.2008.8.08.0064), e da Súmula nº 22 do TJES. **Distinguishing verificado.** [...] (TJ-ES - APL: 00006742520168080064, Relator: ELIANA JUNQUEIRA MUNHOS FERREIRA, Data de Julgamento: 13/06/2017, TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 23/06/2017) (grifo nosso).

Muita atenção ainda deve ser dada ao procedimento de adaptação dos juízes e tribunais ao sistema recém-implantado, para que ele possibilite todas as vantagens para as quais foi desenvolvido. Porém, a coerência e a busca pelo melhor desenvolvimento do processo, com base nos princípios processuais e constitucionais, são a chave para que ele seja utilizado com sucesso.

Por fim, um sistema de precedentes reduz a incerteza quanto à interpretação de um texto legal. Ao dar calculabilidade às decisões do Estado na realização da atividade jurisdicional, aumenta-se a responsabilidade pessoal do indivíduo. Se o próprio Estado decide ora de uma forma, ora de outra a mesma matéria, trazendo dúvidas acerca de sua ilicitude, fica impossível o desenvolvimento de uma consciência social pautada em responsabilidade ou no respeito ao direito. Ainda, essa previsibilidade permite a confiança nos direitos, limitando o poder do Estado, que ficará vinculado às suas próprias decisões (MARINONI, 2016).

Portanto, a atividade jurisdicional ganha força com a vinculação aos precedentes, pois a previsibilidade trazida com este sistema fortalece a segurança jurídica, dando legitimidade ao exercício da atividade jurisdicional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio de uma análise dos institutos que permeiam a institucionalização do sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro, buscou-se verificar a forma como ele está sendo implantado, e os meios utilizados para fazer com que este instituto, originário do regime *common law*, seja adaptado ao *civil law* brasileiro, que tem características e princípios distintos e, muitas vezes, antagônicos ao primeiro.

Ao descrever as características da jurisdição e os objetivos buscados com a submissão de um caso em juízo para obter a prestação da tutela jurisdicional, realizando um comparativo entre as concepções de jurisdição ao longo da história, e as mudanças trazidas em seu conceito com a vinculação aos precedentes.

Com isso, verificou-se que não é mais possível a limitação da tutela jurisdicional à pura aplicação da letra de lei. A norma obtida com a interpretação dos dispositivos legais deve ser adequada ao caso concreto, individualizando as decisões às particularidades de cada caso, o que não é possível com a estrita vinculação à lei.

Chega-se ao entendimento de que, para que seja alcançado o patamar de segurança jurídica necessário para garantir que haja isonomia de tratamento aos jurisdicionados, necessário que se tenha decisões iguais para os casos iguais. Com a livre interpretação, não havendo respeito dos tribunais e juízes às decisões dos tribunais superiores e, até mesmo, dentro dos tribunais às decisões dos seus pares, essa segurança jurídica fica prejudicada.

O sistema de precedentes foi implantado com o intuito de atingir celeridade processual, limitar a discricionariedade do julgador, diminuindo a pessoalidade, e garantir segurança jurídica, em um sistema em que as decisões, muitas vezes,

carecem de impessoalidade e de previsibilidade. Diante desse cenário, chegou-se às seguintes conclusões:

1. A busca da prestação da tutela jurisdicional depende da calculabilidade que venha a ter as decisões judiciais. Ao dar ao juiz a discricionariedade de decidir com base na interpretação da lei da forma como achar mais adequado gera diversas interpretações e diferentes resultados para casos semelhantes. Essa instabilidade faz com que o número de demandas seja muito elevado, pois não há como saber de que forma o magistrado decidirá sobre aquela matéria, o que dificulta a prestação jurisdicional pelo abarrotamento de ações. O sistema de precedentes diminui a discricionariedade e dá ao advogado margem para o estudo de viabilidade do caso que chega ao seu patrocínio. Isso leva a uma diminuição do número de demandas e recursos, o que diminui a sobrecarga sobre o Poder Judiciário, garantindo celeridade processual e possibilitando maior atenção do julgador sobre os casos a serem decididos.

2. A dependência do entendimento de cada juiz para aplicação da lei gera grande instabilidade, pela falta de previsibilidade quanto à forma que cada matéria é entendida e julgada. Casos semelhantes podem ser julgados de formas diferentes simplesmente por terem sido submetidos a juízes ou juízos diferentes. Ao exigir do juiz que fundamente a sentença com os motivos que o levaram a decidir ou não conforme um determinado precedente, promove-se segurança jurídica e alterações até mesmo de comportamento do jurisdicionado, que passa a ter maior previsibilidade das consequências dos seus atos. Essa falta de previsibilidade gerou uma crise de credibilidade do Poder Judiciário, que pode começar a ser superada com a uniformização das decisões.

3. O problema trazido pela falta de previsão legal sobre o método que deve ser utilizado para a comparação entre o caso que gerou o precedente e o caso a ser julgado, apesar de ser um ponto negativo na instalação do sistema de precedentes, pode ser resolvido pela doutrina e pela jurisprudência, que auxiliam na evolução e no aperfeiçoamento do direito processual.

4. Finalmente, chegou-se à conclusão de que, com a vinculação aos precedentes na fundamentação das decisões há ampliação da segurança jurídica, além de possibilitar maior celeridade processual pela redução do número de ações e recursos, tendo em vista o aumento da previsibilidade. A exigência de uma

fundamentação mais rigorosa faz com que a utilização dos precedentes, assim como as súmulas e os julgados dos tribunais, seja feita com maior responsabilidade e com a coerência necessária para que somente os casos que tenham semelhanças capazes de proporcionar uma solução idêntica, sejam julgados dessa forma.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, F. C. DE. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

ÁVILA, H. **Segurança Jurídica**: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, H. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BONAVIDES, P. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 4. ed. [s.l.]: Forense, 1980.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.

BUENO, C. S. **Manual de Direito Processual Civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2015.

BULOS, U. L. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CÂMARA, A. F. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAMBI, E. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista do Tribunais, 2009.

CINTRA, A. C. DE A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

CORREIA, M. O. G. **Teoria Geral do Processo Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CRAMER, R. **Precedentes Judiciais**: Teoria e Dinâmica. Rio de Janeiro: Forense,

2016.

DALARI, D. de A. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DE CASTRO, G. F. M.; GONÇALVES, E. DA S. A aplicação da common law no Brasil: diferenças e afinidades. **Âmbito Jurídico**, maio 2012.

DIDIER JR., F. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3.

DIDIER JR, F. **Curso de Direito Processual Civil**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. v. 1

DINAMARCO, C. R. **A Instrumentalidade do Processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FEITOSA, A. G.; SEIXAS, B. S. DE; PINTO, J. C. S. P. Precedentes e jurisdição constitucional no Novo Código de Processo Civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 35, p. 234–251, dez. 2016.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Introdução ao Estudo do Direito**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FONSECA, P. A. da. A Valorização do Precedente Judicial no novo Código de Processo Civil. **Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, p. 0–26, 2014.

GAJARDONI, F. DA F. et al. **Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC de 2015 Parte Geral**. São Paulo: Método, 2015. v. 53

LA BRADBURY, L. C. S. Estados Liberal, Social e Democrático de Direito. **Revista Jus Navigandi**, v. 11, n. 1252, p. 1–7, 2006.

MARINONI, L. G. **Teoria Geral do Processo**. 8. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014.

MARINONI, L. G. **A ética dos Precedentes**. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Curso de Processo Civil - Teoria do Processo Civil**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2015.

MENDES, G.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NEVES, D. A. A. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA, C. B. **A jurisdição a partir dos precedentes**: matriz constitucional e desafios de um processo. 2016. 199p. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2016.

RAATZ, I. Precedentes à brasileira : uma autorização para “ errar ” por último ? **ConJur**, 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-out-03/igor-raatz->

precedentes-autorizacao-errar-ultimo>. Acesso em 02 jun. 2017.

ROCHA, E. P.; GUEDES, J. C. **Direitos fundamentais e processo civil no Brasil: algumas técnicas processuais compensatórias de desigualdades sociais e a proteção judicial dos direitos fundamentais**. p. 1–21, [s.d.].

SILVA, J. A. Estado democrático de direito. **R. Dir. adm.**, p. 15–24, 1988.

STRECK, L. L. **Hermêutica Jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. DE. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SUNDFELD, C. A. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

THEODORO JUNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil**. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 3.